

CONDICIONES GENERALES Y CLAUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO, EN ARGENTINA – PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL*

RUBÉN STIGLITZ**

Profesor honorario de la Universidad de Mendoza

GABRIEL STIGLITZ***

Fundador e primeiro presidente do Instituto Argentino de
Derecho del Consumidor

EXCERTOS

“La claridad se une a la legibilidad, para que las cláusulas predispuestas que contienen restricciones dirigidas al adherente no pasen desapercibidas y, para ello, deben aparecer destacadas del resto del documento contractual”

“Añadimos que las cláusulas particulares que tienen por fin sustituir, ampliar, suprimir o modificar una cláusula general, predominantemente traducen una expresión de voluntad que atiende al mecanismo tradicional en la formación del contrato”

“La directiva de interpretación contractual que impera, consiste en que las cláusulas particulares deben considerarse como una deliberada modificación o supresión, según el caso, de la cláusula predispuesta general. Y el fundamento está dado en que la primera refleja, de ordinario, el acuerdo que fue objeto de negociación”

“La regla contra proferentem, importa una aplicación del principio de buena fe que conduce a sancionar a quien ha infringido el deber de expresar su declaración comprensiblemente”

“La cláusula abierta o cláusula general, se caracteriza por tratarse de una disposición legal de carácter imperativo, que tiene por objeto o por efecto, el control de legitimidad directo de los preceptos de autonomía que integran los contratos”

**** Outras qualificações do autor**

Profesor titular de Derecho Civil en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata (1989/1996). Membro da Associação Internacional de Derecho de Seguros (A.I.D.A) y de la Asociación Argentina de Derecho Comparado.

***** Outra qualificação do autor**

Professor da Universidade Nacional de la Plata.

I. El contrato por adhesión en el Proyecto de Código civil y comercial

1. Definición de “contratos por adhesión” y requisitos de las “cláusulas generales predispuestas”. Quid de las “cláusulas particulares”

Cabe señalar, como lo haremos en su momento con relación al contrato de consumo, que el Código introduce las tres categorías de contratos existentes: el contrato discrecional o paritario, el contrato por adhesión a cláusulas predispuestas o condiciones generales y el contrato de consumo.

Hasta este Proyecto, normativamente no existía en Argentina una definición del contrato por adhesión. Obviamente no se halla en el Código civil originario, ni tampoco en la Ley de Defensa del Consumidor. En esta última, se lo menciona en el artículo 38 sin definirlo. Sólo se hace una referencia al control de incorporación, estableciéndose que la autoridad de aplicación deberá vigilar que los contratos por adhesión no contengan cláusulas abusivas.

En el Código, se ha incluido una sección que contiene seis artículos, del 984 al 989, que tratan el tema con carácter general. Los habremos de reproducir y añadir un breve comentario a cada disposición.

Contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas

“ARTÍCULO 984 – Definición. El contrato por adhesión es aquél mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción”.

Como resulta de la lectura de la precedente disposición, al referirse a esta categoría, el Código alude a “contrato”, por lo que suprime todo debate en torno a la naturaleza jurídica de su contenido, o sea, de las cláusulas predispuestas.

En segundo lugar, se desprende de la definición, la existencia de dos partes: por un lado el predisponente, que es quien redacta el documento contractual o se sirve de la redacción efectuada por un tercero. Por otro lado, la contraparte del predisponente es el adherente, que no sólo no ha participado en la creación del texto contractual sino que, tampoco, ha influido en su contenido.

Y ello se explica y así lo señalamos, de modo complementario, en que uno de los caracteres salientes de la noción del contrato por adhesión, se halla constituido por el hecho que el adherente carece de poder de negociación, a tal punto que no puede redactar ni influir en la redacción de las cláusulas. Dicho de otro modo, las cláusulas se presentan al adherente ya redactadas por el predisponente.

2. Requisitos de los contratos por adhesión

A) Cláusulas predispuestas.

El Código enuncia una serie de recaudos que deberán contener las cláusulas predispuestas, a saber:

ARTÍCULO 985 – “Requisitos. Las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensibles y autosuficientes. La redacción deberá ser clara, completa y fácilmente inteligible. Se tendrán por no convenidas aquéllas que efectúen un reenvío a textos o documentos que no se faciliten a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato.

La presente disposición es aplicable a la contratación telefónica o electrónica, o similares”.

Cabe indicar, que el Código, hace prevalecer la importancia de la legibilidad, la inteligibilidad y la completividad de la cláusula, de modo que para la comprensión de su lectura se haga innecesario un reenvío a otra cláusula. Sobre el particular, cabe señalar y repetir que a la claridad se une la legibilidad, para que las cláusulas predispuestas que contienen restricciones dirigidas al adherente no pasen desapercibidas y, para ello, deben aparecer destacadas del resto del documento contractual.

Justamente, los contratos impresos en formularios se destacan por su inusitada extensión, traducida en un inagotable y profuso clausulado, en ocasiones ininteligible, por lo que para favorecer su edición se emplean textos redactados en **pequeños caracteres**.

Pero, considerando que no todo el articulado se halla constituido por **cláusulas restrictivas**, concluimos que sólo ellas deben ser **redactadas en caracteres notorios**, ostensibles, lo suficiente como para llamar la atención del adherente/consumidor.

Deben aparecer patentes, ostensibles, visibles, aparentes, palmarias, evidentes en el contexto total, fácilmente advertibles, lo que requiere una impresión en caracteres más considerables y de apariencia más visible que el resto del texto, con una tinta destacada o subrayadas, aisladas o enmarcadas. Es ineludible que se noten.

Y ello debe ser así, al punto que la consecuencia que, como directiva de interpretación, debe aparejar el **defecto de legibilidad** de una cláusula restrictiva, es el de su **inoponibilidad al adherente/consumidor**. Y aun cuando se satisfagan las pautas en orden a legibilidad, si la cláusula es abusiva, es nula y se tiene por no convenida.

Lo expresado constituye el efecto que apareja predisponer unilateralmente el documento contractual: la obligación de redactar claro, constituye la fuente de la responsabilidad en que incurre quien efectúa una defectuosa declaración.

El objeto de la referida obligación tiene por contenido redactar cláusulas claras, serias e inequívocas, idóneas para ser entendidas por sí por el adherente. Y llena

este requisito, el texto redactado con palabras cuyo sentido objetivo puede ser establecido sin lugar a dudas según el uso idiomático común o del comercio¹.

Por lo demás, se ha enfatizado en la necesidad de un conocimiento pleno y cabal del texto contractual, al punto que se declara como no convenientes las cláusulas que contengan reenvíos a textos que no se faciliten previamente al adherente.

Con relación a la contratación telefónica o electrónica, la fuente ha sido el artículo 80 inc. b), 2da parte del decreto-ley 1/2007 vigente en España por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios².

B) Cláusulas particulares.

El Código le asigna suma trascendencia a las cláusulas particulares:

- no sólo por disciplinarlas en una disposición específica,
- sino porque el contenido de la misma constituye una definición sobre lo que son,
- y por lo demás, porque se reconoce en dicha disposición una directiva de interpretación que les atañe.

ARTÍCULO 986 – “Cláusulas particulares. Las cláusulas particulares son aquellas que, negociadas individualmente, amplían, limitan, suprimen o interpretan una cláusula general. En caso de incompatibilidad entre cláusulas generales y particulares, prevalecen estas últimas”.

En primer lugar, cabe señalar, que en la disposición precedente se incorpora una frase con la que, modernamente, se denomina al clásico contrato discrecional: el **negociado individualmente**.

Creemos que la denominación es la más acertada, porque refiere a uno de los caracteres más salientes de la negociación tradicional, que es la que hoy ocupa una función residual en la contratación.

En efecto, hoy prevalecen:

- los contratos por adhesión,
- y los contratos de consumo, que predominantemente se forman por adhesión, y excepcionalmente, se negocian individualmente.

La disposición, además de definir el significado de la “cláusula particular”, incorpora una regla de interpretación proficua en su aplicación por los Tribunales y que tiene su fundamento en la preferencia que se otorga a la cláusula negociada, en tanto constituye el resultado de la libre contratación, por sobre la cláusula general, resultado de la predisposición contractual.

En segundo lugar, añadimos que las cláusulas particulares que tienen por fin sustituir, ampliar, suprimir o modificar una cláusula general, predominantemente traducen una expresión de voluntad que atiende al mecanismo tradicional en la formación del contrato. En ese caso, prevalecen por sobre la condición general que deviene derogada.

Pero sucede frecuentemente que las fórmulas empleadas, manuscritas o mecanografiadas, omiten expresar que el propósito tenido en miras al incluirlas, consiste en suprimir o modificar la cláusula predispuesta o condición general con la que se halla en estado de incompatibilidad.

De tal manera que, al momento del conflicto, el intérprete se encuentra en presencia de una cláusula predispuesta y, por tanto, impresa (desde su origen) y con una cláusula particular que la contradice o altera su alcance.

Para este supuesto, la directiva de interpretación contractual que impera, consiste en que las cláusulas particulares deben considerarse como una deliberada modificación o supresión, según el caso, de la cláusula predispuesta general. Y el fundamento está dado en que la primera refleja, de ordinario, el acuerdo que fue objeto de negociación³.

En efecto, **en la discrepancia entre una cláusula general y otra particular, habrá de estarse a esta última, en razón:**

a) no sólo que apunta a alterar, suprimir o aclarar el contenido de la primera, suministrándole un contenido más concluyente y concretamente adaptado al caso de que se trata,

b) sino que, es tarea relevante del intérprete, no perder de vista

que la cláusula manuscrita o mecanografiada, se estipula al tiempo de la conclusión del contrato, mientras que la cláusula predispuesta general viene formulada (redactada) previamente por el predisponente, sin consideración al negocio concreto. Por lo cual cabe concluir que la regla de autonomía particularmente concertada, revela la auténtica y real intención de las partes de derogar, en el caso singular, la cláusula general redactada por el proveedor uniformemente para sus futuros contratos⁴.

Constituye una aplicación de lo expuesto, el pronunciamiento donde se decidió que “en un contrato de prenda prevalece la cláusula mecanografiada —en el caso, dispuso la prórroga de jurisdicción— sobre otras que integran el formulario al que adhirió el ejecutado, porque la especificidad concedida por las partes a la primera de las cláusulas transcritas parcialmente, condujo a dejar sin efecto la otra, genérica y preimpresa”⁵.

3. Directivas de interpretación de los contratos por adhesión

A la ya expresada, precedentemente, prevalencia de las cláusulas particulares sobre las cláusulas generales predispuestas, se añade la previsión contenida específicamente en el artículo 987.

ARTÍCULO 987 – “Interpretación. Las cláusulas ambiguas predispuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente”.

Se hace preciso un comentario preliminar.

La categoría de los contratos por adhesión a cláusulas predispuestas, porta sus propias directivas de interpretación —que el Código las ha receptado—, y que ya se hallaban incluidas en el artículo 37 apartado 4 de la Ley de Defensa del Consumidor.

En efecto, en esta última se establece que “cuando existan dudas sobre el alcance de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa”.

Por nuestra parte, entendemos que la regla del nuevo Código, es consistente con los criterios actuales referidos a los efectos de la ambigüedad.

Cabe señalar, una vez más, que la modalidad que adopta la formación del contrato por adhesión —la predisposición unilateral del contenido—, impide acudir a criterios subjetivos, como podría ser la indagación de la intención común de los contratantes mediante la reconstrucción del pensamiento y de los propósitos de los autores de la regla contractual.

De allí la necesidad que la directiva en análisis, sea examinada a través de criterios predominantemente objetivos y con extremado rigor, ya que en razón que el predisponente reserva para sí la creación del texto (documento) contractual, lo debe hacer de forma tal que el destinatario (adherente) comprenda su significado, utilizando esfuerzos comunes, con extensión proporcionada al alcance del negocio⁶.

Es el predisponente quien debe asumir los riesgos de una defectuosa declaración. Para alcanzar esta conclusión, debemos señalar que su fundamento está dado en que es él quien dispone de los medios a su alcance para evitar toda duda, por no haberse expresado con claridad⁷.

Ésta no se refiere sólo a facilitar la legibilidad de la lectura sino, además, a la claridad sustancial, la referida a la significación relevante, desde los aspectos fácticos, económicos y jurídicos⁸.

La claridad o precisión en el lenguaje son acepciones que se contraponen a la ambigüedad, y la cláusula ambigua deberá entenderse como aquella susceptible de varios sentidos o expresada sin precisión, equívocamente, confusamente, con oscuridad.

A veces, la ambigüedad se predica de la insuficiencia misma de un texto vago e impreciso, redactado genéricamente. Lo expresado en el texto, puede traducirse en la necesidad que todo sistema de interpretación requiera de un principio que satisfaga la equidad y preserve la relación de equivalencia⁹.

La regla *contra proferentem*, importa una aplicación del principio de buena fe que conduce a sancionar a quien ha infringido el deber de expresar su declaración comprensiblemente¹⁰.

El Código alude a “contrato”, por lo que suprime todo debate en torno a la naturaleza jurídica de su contenido, o sea, de las cláusulas predispuestas

Acontece que las palabras usadas deben autoabastecerse. Ello significa que deben ser idóneas, suficientes, claras, aptas por sí para ser reconocidas por el destinatario¹¹.

Las declaraciones deben ser comprendidas y llenan este requisito las expresadas con palabras cuyo sentido objetivo puede ser establecido, sin lugar a dudas, según el uso idiomático común o del comercio¹².

Todo ello justifica trasladar al predisponente, las consecuencias que derivan de la imprecisión o vaguedad en la redacción de las cláusulas¹³.

Y las consecuencias no son otras que la eliminación de la cláusula dudosa u oscura o –lo que es lo mismo–, su interpretación contraria a los intereses del predisponente¹⁴.

Ocorre que, al hallarse el contratante débil apartado de los mecanismos de configuración interna del contrato¹⁵, obtiene legalmente una ventaja que se instala, como control judicial indirecto, y que consiste en que el riesgo contractual lo asume el predisponente, lo que implica atribuirle responsabilidad por las consecuencias que derivan de la falta de diligencia en la creación del esquema negocial, cuando adolece de ambigüedad, falta de claridad u oscuridad¹⁶.

Entre nosotros, se tenía expresado antes de la sanción de la Ley de Defensa del Consumidor que, “aun cuando no se encuentre prevista en nuestra legislación la regulación de los contratos por adhesión, nada impide que las cláusulas oscuras sean interpretadas en favor del adherente, por aplicación de la regla contenida en el artículo 1198 o, desde la perspectiva inversa, en contra del contratante que redactó e impuso las condiciones del convenio”¹⁷.

Constituye excepción a la directiva precedentemente expuesta, la doctrina que emana del fallo donde se decidió que “tratándose de un negocio entre empresarios, no rige el criterio de interpretar contra el predisponente las cláusulas impresas”¹⁸.

Pero el nuevo Código no formula distinción alguna, lo que significa que es aplicable a todos los contratos por adhesión, sin formular distingo alguno entre los celebrados por consumidores/adherentes, o bien, entre empresarios. Esto significa que la regla “contra proferentem” es aplicable a todos los casos.

II. Cláusulas abusivas en los contratos por adhesión

1. El texto legal

Cabe reconocer que el Código logra suministrar al contrato por adhesión un tratamiento pleno, ingresando a la regulación de todos los temas que le son inherentes y diferenciando con rigor, la disciplina de esta categoría, con la del

contrato de consumo, con la que en ocasiones se identifica: cuando el contrato de consumo se perfecciona por adhesión a cláusulas predispuestas.

Veremos a continuación cómo en una misma norma, se enuncian dos cláusulas abiertas previstas en los incisos a) y b) y una referencia a una subcategoría de cláusulas abusivas que, no son otras, que las cláusulas sorpresivas.

ARTÍCULO 988 – “Cláusulas abusivas. En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas:

- a) las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones del predisponente;*
- b) las que importen renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplíen derechos del predisponente que resulten de normas supletorias;*
- c) las que por su contenido, redacción o presentación, no fuesen razonablemente previsibles”.*

En primer lugar, **la definición de cláusulas abusivas, fue incorporada en el Título III del Código, que regula los contratos de consumo.**

Concretamente, al artículo 1119 que establece lo que sigue: *“Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, es abusiva la cláusula que, habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor”.*

En segundo lugar, el análisis de la definición lo haremos más adelante cuando analicemos el contrato de consumo.

En tercer lugar, **cabe señalar que el artículo 988 del Código, al establecer dos supuestos en que las cláusulas se tendrán por no escritas, alude a dos cláusulas abiertas en las que opta por reproducir el texto del art. 37 incisos a) y b) de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240.**

Ello significa, que el nuevo Código, a través de la disposición examinada, ingresó de lleno al control judicial de las cláusulas abusivas.

Sobre el particular, **cabe señalar que si bien es cierto que existen diversos sistemas de control sobre las cláusulas abusivas, el que mejor satisface, por su plenitud, un sistema de control judicial, es aquél que:**

- (a) incluye una cláusula abierta,**
- (b) un elenco de cláusulas nulas de pleno derecho y**
- (c) otro de cláusulas presumiblemente nulas o factibles de ser declaradas nulas luego de una apreciación judicial.**

Las dos últimas deberán ser contenido de listas que deberán incluirse en la ley especial.

Como quiera que sea, la decisión de que ambos elencos de cláusulas se hallen incluidos en un Código o en una ley especial, conforma una cuestión de política legislativa.

En la actualidad predomina el hecho que los referidos elencos constituyan contenido de Códigos del Consumidor o de leyes especiales.

La cláusula abierta o cláusula general, se caracteriza por tratarse de una disposición legal de carácter imperativo, que tiene por objeto o por efecto, el control de legitimidad directo de los preceptos de autonomía que integran los contratos.

Su contenido halla fundamento en la preservación de la equidad y en el principio de buena fe, en el equilibrio del sinalagma, en las reglas esenciales que gobiernan el derecho dispositivo, en la intangibilidad de los derechos de los consumidores en tanto débiles jurídicos, y en la finalidad misma del contrato tal como las partes lo han tenido en vista al concluirlo.

Es aplicable a todas las hipótesis que se le subsuman, pero específicamente a los supuestos no incluidos en el elenco de cláusulas ineficaces de pleno derecho, o en el enunciado de cláusulas presumiblemente nulas o factibles de ser declaradas nulas judicialmente.

Operan como una red de protección en tanto impiden que se evadan de dicha calificación aquellas hipótesis no incluidas en los elencos de cláusulas calificadas como abusivas. Y dada su amplitud, presupone que las listas de cláusulas –negras o grises– sean meramente indicativas.

Vale señalar como punto de referencia, que el Código Civil de Alemania contiene una cláusula abierta como la descrita (parág. 307); un elenco de ocho categorías de cláusulas prohibidas previa apreciación judicial (parág. 308) y otro elenco de trece categorías de cláusulas prohibidas sin necesidad de apreciación judicial (parág. 309). Desde un punto de vista sistemático, el implementado por los parágrafos 308 y 309 del Código civil alemán tiene la ventaja de agrupar las cláusulas abusivas por temas.

2. Cláusulas abiertas en el Código Civil y Comercial

En cuanto a las dos cláusulas abiertas a las que se alude en el artículo 988 del Código, cabe computarlo como una mejora ostensible al texto del art. 37 incisos a) y b) de la Ley de Defensa del Consumidor.

En efecto, tal como está redactado este último, cabe formular una objeción conceptual, ya que aludir a las “cláusulas que desnaturalizan las obligaciones”, y a las “cláusulas por las que se amplían los derechos del predisponerte o se restrinjan las del consumidor”, parecieran expresar lo mismo, ya que no hay modo de desnaturalizar las obligaciones o la relación obligacional, que no sea ampliando significativamente los derechos del predisponerte o suprimiendo sus obligaciones, o restringiendo los derechos del consumidor o ampliando sus obligaciones. En pocas palabras, provocando un desequilibrio contractual.

Tal como se halla redactado el Código (artículo 988 inciso a), se reproduce parcialmente lo que dispone el art. 37 inciso a) de la Ley 24.240, ya que se alude expresamente como cláusulas abusivas a aquéllas que “desnaturalicen las obligaciones del predisponente”.

Como se advierte, la Ley de Defensa del Consumidor refiere a “las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones...” , sin indicar a quién hacen referencia. En cambio, el Código, con un criterio más realista y con una redacción más clara, indica inequívocamente que son cláusulas abusivas aquéllas “que desnaturalicen las obligaciones del predisponente”.

Como quiera que sea, “las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones” son aquéllas que alteran o desfiguran el vínculo obligacional en tanto presupone dos centros de interés.

El artículo 988 inciso b) del Código, establece que constituyen cláusulas abusivas: “b) las que importen renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplíen derechos del predisponente que resulten de normas supletorias”. Una vez más, el Código ha mejorado significativamente el texto del art. 37 inciso b), tomando como fuente la previsión contenida en el artículo 968 inciso d) del Anteproyecto de 1998.

La expresión desnaturalización de la relación a la que se halla obligado el predisponente, refiere a tres hipótesis:

- (a) ampliando los derechos del proveedor, con daño al consumidor;
- (b) modificando, en su favor y en algún sentido, la obligación a la que se ha comprometido en su carácter de proveedor;
- (c) ampliando las obligaciones del consumidor, o restringiendo o suprimiendo sus derechos.

Y de todo ello, resulte un desequilibrio significativo de los derechos y las obligaciones recíprocas de tal entidad (manifiesto), que quede comprometido el principio de la máxima reciprocidad de intereses, al afectarse la relación de equivalencia.

Cuando la cláusula observada no se halle enunciada en un elenco de reglas nulas de pleno derecho, o en un enunciado de cláusulas presumiblemente nulas, el examen de los caracteres que perfilan el abuso presupone en el intérprete un amplio poder discrecional, en punto a la evaluación del desequilibrio significativo¹⁹.

En cuanto a las cláusulas que amplíen los derechos del predisponente/proveedor, o restrinjan los derechos del adherente/consumidor , que resulten de normas supletorias, no requieren de mayores explicaciones añadidas a las ya expuestas. Bastaría con afirmar de ellas que constituyen el fundamento del desequilibrio contractual.

Una sistematización de ellas y que, a su vez, como venimos sosteniendo, desnaturalizan las obligaciones podría ser la que ensayamos a continuación:

a) **Cláusulas por las que se amplíen los derechos del**

predisponente, como por ejemplo:

– la cláusula que sólo a él lo faculta para rescindir unilateral e incausadamente el contrato (art. 1341, Cód. Civ. italiano; art. 33, inciso 2, letra g, “Codice del consumo” de Italia);

– o suspender su ejecución (art. 1398, Cód. Civ. de Perú);

– o hacer constar la adhesión del consumidor a cláusulas que no ha tenido oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato (art. 132-1, decreto 2009-302, Francia);

– o conferirle el derecho exclusivo de interpretar cualquiera de las cláusulas.

b) **Cláusulas por las que se reserve el predisponente el derecho de modificar,**

en algún sentido, la obligación a la que se ha comprometido como, por ejemplo, la relativa a las características del producto o el contenido del contrato (inciso k, Anexo, Direc. 93-13 – C.E.E.; art. 132-1 inciso 3, decreto 2009-302, Francia).

c) **Cláusulas por las que se reduzcan o supriman obligaciones comprometidas por el predisponente**, como por ejemplo, la cláusula exonerativa de responsabilidad o limitativa de reparación (art. 37 inciso a), ley 24.240; art. 132-1, inciso 6, decreto 2009-302, Francia), ej. en caso de muerte o daño en la persona del consumidor (art. 33 inciso 2 ap. 1, “Codice del consumo”, Italia);

d) **Cláusulas por las que se amplíen (agraven) inequitativamente las cargas u obligaciones del adherente**, como, por ejemplo, la cláusula por la que se modifique las normas sobre prórroga de jurisdicción (art. 1341, Cód. Civ. italiano; artículo 85 inciso 2, decreto-ley 1/2007, España); o una cláusula por la cual se consagre la inversión de la carga de la prueba (art. 37, Ley de Defensa del consumidor 24.240; art. 88 inciso 2, decreto-ley 1/2007, España);

e) **Cláusulas por las que se supriman o reduzcan los derechos del adherente**, como, por ejemplo:

– la cláusula que limite la facultad de oponer excepciones (art. 1341, Cód. Civ. italiano; art. 1398, Cód. Civ. de Perú);

– o la cláusula por la que se suprima u obstaculice “el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor,

– en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no prevista por las disposiciones jurídicas,

– o limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición,

– o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a la otra parte contratante” (anexo sobre cláusulas abusivas correspondiente a la Directiva 93/13 de la C.E.E.; art. 132-1 inciso 12, decreto 2009-302, Francia) .

III. Los contratos de consumo en el Código

1. Directivas de interpretación de los contratos de consumo

A) Las categorías de contratos en el Código Civil y Comercial

Lo primero que debe reconocerse, es el acierto que constituye la idea de incorporar al Código, dos categorías de contratos, que se suman a la anteriormente existente, de contratos paritarios o negociados individualmente.

En efecto, el nuevo Código incluye la regulación de los contratos por adhesión a cláusulas predispuestas y disciplina los contratos de consumo, por lo que se halla integrado por las tres categorías de contratos que exhibe la realidad.

B) Interpretación restrictiva: inaplicabilidad a las obligaciones del predisponente y el proveedor

Especialmente relacionada con el tema que nos ocupa, se ha disciplinado una directiva que acude a una hermenéutica literal y que, por tanto, no tolera interpretaciones extensivas o por analogía. La disposición legal que a continuación transcribimos, refiere a la interpretación restrictiva cuando así ha sido dispuesta por ley o convencionalmente.

La importancia de la cuestión radica en que dicha directiva, de **interpretación restrictiva, no es aplicable a las obligaciones asumidas por el predisponente y por el proveedor en los contratos por adhesión y en los de consumo**, respectivamente. Y dice así:

ARTÍCULO 1062 – Interpretación restrictiva. “Cuando por disposición legal o convencional se establece expresamente una interpretación restrictiva, debe estarse a la literalidad de los términos utilizados al manifestar la voluntad. Este artículo no es aplicable a las obligaciones del predisponente y del proveedor en los contratos por adhesión y en los de consumo, respectivamente”.

El propósito protector de la norma, que constituye una novedad trascendente en materia legislativa (hecha la compulsa con lo que exhibe el Derecho Comparado), se justifica con relación a los adherentes y/o consumidores, en aquellos contratos en los cuales, al tiempo de conclusión, no se incluyeron la totalidad de las obligaciones del predisponente/proveedor, atendiendo a la naturaleza del vínculo.

La directiva es especialmente aplicable al contrato de medicina prepaga en los que se juzgó que las obligaciones del proveedor debían ampliarse hasta alcanzar el piso mínimo que resulta del P.M.O. (Programa médico obligatorio, Ley 24.455)²⁰.

C) Favor “debilis” y los efectos de la cláusula dudosa

En rigor, se reproducen los criterios de interpretación del artículo 3 de la ley 24.240: “...En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley, prevalecerá la más favorable al consumidor”.

Lo propio acontece con el artículo 37 in fine del mismo cuerpo legal: “La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa”. Las directivas a las que hacemos referencia han sido disciplinadas así:

ARTÍCULO 1094 – Interpretación y prelación normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor.

ARTÍCULO 1095 – Interpretación del contrato de consumo. El contrato se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa.

2. Cláusulas abusivas en los contratos de consumo. Noción en el Código civil y comercial

A) Aplicación extensiva del régimen de los contratos por adhesión

El nuevo Código regula la cuestión en seis disposiciones cuyo examen iremos desarrollando gradualmente, a continuación de cada una de las normas transcritas.

ARTÍCULO 1117 – Normas aplicables. “Se aplican en este Capítulo lo dispuesto por las leyes especiales y los artículos 985, 986, 987 y 988, existan o no cláusulas generales predispuestas por una de las partes”.

Una primera reflexión, nos conduce a esclarecer que, si bien es cierto que las disposiciones se hallan ubicadas en el Capítulo IV sobre “Cláusulas abusivas”, referidas a los contratos de consumo, el artículo 1117 del Código dispone la aplicación extensiva del régimen de los contratos por adhesión.

A ello se refiere la remisión efectuada, por un lado a las leyes especiales y, por otra, a los artículos 985 a 988.

La remisión a las leyes especiales, refiere, indudablemente, como mínimo, a la Ley de Defensa del Consumidor; y las disposiciones aludidas precedentemente a los contratos por adhesión a cláusulas predispuestas.

El último párrafo referido a “existan o no cláusulas generales predispuestas por una de las partes”, refiere a dos posibilidades: una, a que los contratos por adhesión lo sean a cláusulas predispuestas, no por una de las partes, sino por un tercero. Otra, a que las cláusulas hayan sido acordadas (negociadas) por ambas partes, en cuyo caso, como lo veremos a continuación, también pueden ser declaradas abusivas.

ARTÍCULO 1118 – “Control de incorporación. Las cláusulas incorporadas a un contrato de consumo pueden ser declaradas abusivas aun cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor”.

La disposición precedente, importa un control de incorporación al contrato y, tal vez, constituya un logro sin precedentes desde la perspectiva de las normas de protección al consumidor.

No se nos oculta, la influencia que tuvo como fuente, la redacción dotada al artículo 3 de la Directiva 13-93 de la CEE (hoy U.E.) y que fuera recogida por los veintisiete países miembros.

En efecto, si bien es cierto que el criterio legal comunitario consiste en “que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en los casos del contrato de adhesión”, lo cierto es que, por el contrario, se sostiene que “el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente, no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato, si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión”.

Tal vez sea más lograda la fórmula empleada en España a tenor de lo dispuesto por el artículo 82, inciso 2 del decreto ley 1/2007 (Texto refundido de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios), por el que se establece: “El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente, no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato”.

A pesar de haber identificado la fuente, creemos que el Código ha ido más allá de la misma, a través de una disposición muy clara, contundente y más breve, sin remitir a la necesidad de efectuar ningún tipo de apreciación global, que induzca al intérprete a suponer que se halla frente a un contrato por adhesión.

En efecto, el artículo 1118 se aplica a los contratos de consumo y, también, a los contratos por adhesión por referencia expresa del artículo 1117.

Finalmente, el Código consagra un principio que concluye sobre el debate en torno a si la aprobación expresa del consumidor, mediante la firma individual de una cláusula abusiva, importa legitimar el abuso y suprime la posibilidad de un control judicial previo. El Código, opta decididamente por la mejor y más equitativa de las soluciones: la cláusula “puede ser declarada abusiva”, ya que la firma específica del consumidor o una cláusula redactada de modo de “aparentar” una negociación individual, –tan fácil de hacerlo para un proveedor avezado–, no puede desafectarla de su ilegitimidad.

B) Noción de cláusula abusiva. Una visión comparatista y una conclusión

El Código define la cláusula abusiva de un modo tal, que la noción adoptada en una única disposición, contiene los tres elementos esenciales que componen la definición. Pero con un agregado que, a nuestro criterio, la identifica como plenamente protectora del Derecho de los Consumidores.

Para comprender cabalmente lo que acabamos de expresar se hace indispensable realizar un breve paneo sobre algunas definiciones –tal vez las principales– que exhibe el Derecho Comparado.

(a) Francia dispuso la transposición a su derecho nacional de la referida directiva, a través de la ley 95-96 del 1º de febrero de 1995, que pasó a integrar el capítulo II del “Code de la consommation”, el que define en el art. 132-1 a la cláusula abusiva: “en los contratos concluidos entre profesionales y no profesionales o consumidores, son abusivas las cláusulas que tienen por objeto o por efecto crear, en detrimento del no profesional o del consumidor, un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes contratantes”.

(b) En España el tema se halla regulado por el decreto legislativo 1/2007, del 16 de noviembre del 2007, por el que se aprueba el texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios. En su art. 82 se establece: “se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato...”

c) En Italia, la definición fue incorporada en el art. 33 inciso 1 del “Codice del consumo”: “En el contrato concluido entre el consumidor y el profesional, se consideran vejatorias las que, malgrado la buena fe, determinan a cargo del consumidor un significativo desequilibrio de los derechos y de las obligaciones derivadas del contrato”.

La conclusión a la que cabe arribar, es que ninguna de las disposiciones de los diferentes países a los que acabamos de hacer referencia, prevén la posibilidad de que una cláusula sea abusiva aún cuando haya sido negociada individualmente por las partes.

Y esa cuestión marca una diferencia con nuestro Código, que se sostiene en los criterios que emanan de los artículos 1118 y 1119, concretamente en la circunstancia, extendida por cierto y fácilmente franqueable, que el predisponerte/proveedor incluya en el contrato –predominantemente en el encabezamiento o prólogo, donde se incluye la materia introductoria o las consideraciones iniciales, especialmente las referidas a los móviles individuales o comunes–, una o más frases de donde podría ser deducido un “consenso”, por cierto inexistente.

En efecto, basta con una breve exposición inicial que aparente consenso, para deducir de ello que ha mediado “negociación individual”. Simplemente, acudiendo a ese recurso, no existiría la posibilidad de calificar una cláusula como abusiva. De allí que el Código ha optado por una solución más exigente y que mejor preserva, con mayor rigor, los derechos del consumidor a través de la siguiente definición:

ARTÍCULO 1119 – Regla general. “Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, es abusiva la cláusula que habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor”.

C) La cláusula abusiva presupone una infracción a las exigencias de la buena fe?

La importancia de la cuestión radica en determinar si la cláusula abusiva requiere desde un punto de vista caracterológico, que constituya una infracción a la buena fe o si, por el contrario, no se hace necesario imponer al adherente, que deba acreditar en juicio que el predisponente ha incurrido en mala fe al redactar una cláusula abusiva.

De ser ello así, se constituiría en una prueba de imposible producción ya que, la intención (dolo), constituye “un estado interno del ánimo no susceptible de pruebas directas” y, por tanto, no verificable.

Conceptualmente sostenemos que, a los fines de la identificación de una cláusula abusiva basta con que cause, en detrimento del adherente/consumidor o en beneficio exclusivo del predisponente, un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes, que se derivan del contrato.

La tesis contraria es la que surge de lo dispuesto por la Directiva 93/13 de la C.E.E. (hoy Unión Europea), en tanto establece con carácter definitorio que: “Las cláusulas contractuales se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato”.

Como se advierte, la Directiva comunitaria define la cláusula abusiva mediante la inclusión de dos presupuestos o elementos escindibles y, sin embargo, errónea e innecesariamente articulados entre sí:

- (a) infracción a la buena fe a través de una cláusula
- (b) que consagre un desequilibrio significativo en detrimento del consumidor.

Tal como ha quedado redactada, motivó que se la interpretara en el sentido de que la cláusula es abusiva, sólo cuando determina un desequilibrio significativo, **que se halle en contradicción con el principio de buena fe**. De suerte tal que pareciera que la referida Directiva, a “contrario sensu”, admite la existencia de que una cláusula que consagre un desequilibrio como el referido, pero que no infrinja la buena fe, podría no constituir una cláusula abusiva²¹.

Por nuestra parte sostenemos, que el abuso que por sí implica una cláusula que fractura significativamente el principio de la máxima reciprocidad de intereses no requiere que, a su vez, importe una infracción al principio de buena fe.

De ser correcto nuestro diagnóstico **estimamos que, precisamente, la cláusula que importe, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio manifiesto entre los derechos y las obligaciones que derivan del contrato, presupone irrefragablemente mala fe del proveedor/predisponente.**

*Por lo demás, así surge de su propia definición, ya que si “la cláusula abusiva es aquella que tiene por **objeto** provocar un desequilibrio...”,* no habrá de perderse de vista que la expresión “objeto” ha sido empleada como “fin del acto”, “móvil” o “intento a que se dirige o encamina una acción”. Si ello es así, la cláusula abusiva —como ya lo hemos expresado—, siempre es dolosa dado que la finalidad que le es inherente, la de provocar un desequilibrio significativo, presupone una acción intencional.

Lo hasta aquí expresado pone de manifiesto que si bien la cláusula abusiva no es un mecanismo propio y exclusivo del contrato por adhesión, pues es factible hallarlo, en ocasiones, en la contratación discrecional, lo cierto es que halla en el primero, dada su especial técnica de formación, terreno apto para su existencia y multiplicación, circunstancia que el predisponente no desaprovecha. Y en esos casos, la inclusión de cláusulas abusivas implica de por sí, tal como lo hemos expuesto, la deliberada intención de dañar los intereses económicos del adherente/consumidor, lo que presupone mala fe.

Como se advierte, el nuevo Código, acertadamente, ha omitido incluir toda referencia al principio de buena fe, como recaudo necesario para la configuración de una situación de abuso.

IV. Caracteres de la cláusula abusiva en el Código

1. El desequilibrio significativo

El examen de los caracteres más salientes de las cláusulas abusivas nos conduce a las siguientes conclusiones:

(a) **Puede ser contenido de los contratos cualquiera sea su clasificación, discrecionales o predispuestos;** de derecho privado o público; de libre configuración interna o vigilados por el Estado. Pero en razón de las características que adopta la formación de los contratos por adhesión a cláusulas predispuestas, especialmente la circunstancia que la creación de su contenido es obra exclusiva y excluyente del predisponente (por ej. los contratos bancarios, de seguros, de medicina prepaga, de ahorro y préstamo cualquiera sea su objeto, de tarjetas de crédito, de telefonía móvil, de tiempo compartido, etc.), hallan en el contrato predispuesto campo fértil para su inclusión.

(b) **El carácter más saliente de la cláusula abusiva consiste en que importa un desequilibrio significativo** entre los derechos y obligaciones contenidos en las cláusulas del contrato y debe serlo en detrimento del consumidor y apreciado al momento de la conclusión del contrato²². El desequilibrio significativo es el que procura al proveedor una ventaja excesiva.

El desequilibrio que resulta de una cláusula abusiva debe ser relevante o manifiesto, ya que el equilibrio contractual, conceptualmente no implica una simetría a rajatabla.

A manera de síntesis, es característica definitoria de la cláusula abusiva, que importe un desequilibrio significativo entre los derechos, obligaciones y cargas (derivadas del contrato), del consumidor y del empresario, en perjuicio del primero.

El desequilibrio significativo o manifiesto se explica en los hechos, en el abuso del poder de negociación que ostenta el empresario, sustentado en su poder técnico, en la información y en el conocimiento que dispone sobre el alcance, en ocasiones enigmático, del contenido contractual propuesto o, en la mayor parte de las ocasiones, predispuesto al consumidor.

En síntesis, el proveedor es quien porta información, aptitudes técnicas y conocimiento del contenido del contrato que, predominantemente, ha creado de forma unilateral; es quien concentra en sí propio y frente al cocontratante, un margen de autoridad o superioridad del que se halla sustraído el consumidor y que lo posiciona en el contrato en situación de predominio.

Con ese poder de negociación, supone hallarse habilitado para consolidar su posición dominante y lo estimula a incluir cláusulas que, al cabo, provocan un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones que derivan del contrato, en perjuicio del consumidor.

A nuestro juicio, la noción de desequilibrio significativo, como elemento caracterizante de la cláusula abusiva, debe centrarse en su incidencia sobre el principio de onerosidad o de máxima reciprocidad de intereses.

En efecto, el principio de onerosidad se traduce en términos de comparación entre provecho y sacrificio al punto que, desde la génesis del contrato, las partes confían legítima y recíprocamente en el cumplimiento de las obligaciones asumidas “según un criterio de equivalencia y reciprocidad”.²³

Acontece que es precisamente la desventaja exagerada lo que desnaturaliza la relación de equivalencia en perjuicio del consumidor, pues presupone inexistencia de contrapartida o de fundamento suficiente que justifique el desequilibrio en que desemboca.

O dicho con otras palabras, la inequivalencia presupone ampliación de las ventajas o provechos del empresario, o aligeramiento o supresión de sus obligaciones y, correlativamente, agravamiento de las cargas y obligaciones del consumidor. Sin

que de la correlación de los polos provecho-sacrificio, surja una contrapartida en beneficio del consumidor, o sea un fundamento legítimo, con el que quedaría preservado el principio de la máxima reciprocidad de intereses.

Por lo demás, hay circunstancias que pueden reflejar abusos, pero no se combaten a través del régimen sobre cláusulas abusivas (son ajenas a su ámbito), sino de otros mecanismos jurídicos:

- la falta de adecuación del precio o remuneración afrontado por el consumidor, con relación al bien adquirido o servicio suministrado por el profesional,
- la definición o determinación del objeto sobre el que se contrata.

2. La cláusula abierta

Aparece como conspicuo que el carácter definitorio de la cláusula abusiva consiste en que desnaturaliza el vínculo obligacional.

Y ello acontece cuando:

a) Por aplicación de la cláusula, queda limitada o suprimida la obligación a cargo del predisponente, alterándose la relación de equivalencia.

b) La aplicación de la cláusula favorece excesiva o desproporcionadamente la posición contractual del predisponente y perjudica inequitativa y dañosamente la del adherente/consumidor²⁴.

c) De la aplicación de una cláusula resulte la incompatibilidad de ésta con los principios esenciales de la regulación legal de la cual aquélla se aparta²⁵.

El tema ha sido regulado en la reforma introducida al Código Civil alemán en su párrafo 307, al introducirse una cláusula general que, al comenzar expresando la ineficacia de las condiciones generales que perjudican al adherente, en oposición al principio de buena fe, se aclara que, en la duda, se presume tal perjuicio cuando la cláusula no es compatible con las ideas fundamentales de la regulación legal de la cual se aparta, en obvia referencia a las normas dispositivas²⁶.

d) La aplicación de la cláusula limita de tal forma los derechos y deberes derivados de la naturaleza del contrato, que se pone en peligro la obtención de la finalidad de éste.

Lo hasta aquí expresado, pone de manifiesto distintas hipótesis que caracterizan o definen la cláusula abusiva.

Todos y cada uno de los caracteres definitorios expuestos conforman un todo, constituyen una unidad que, a su vez, se enuncia como cláusula abierta que, así expuesta, intenta, a través de una fórmula breve, clara y flexible, *complementar* todo enunciado taxativo de cláusulas abusivas que no es razonable ni materialmente posible que sea completo. En ese caso, las cláusulas abusivas que no integran el elenco legal quedarán atrapadas igualmente por la cláusula general, dada su amplitud y flexibilidad²⁷.

3. Cuestiones ajenas al ámbito de las cláusulas abusivas

El tema ha sido regulado en el Código bajo la denominación de “límites” y del siguiente modo:

ARTÍCULO 1121 – Límites. No pueden ser declaradas abusivas:

a) las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado;
b) las que reflejan disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas legales imperativas.

A) Cláusulas no abusivas.

De lo hasta aquí expuesto, cabe afirmar que no revisten carácter de abusivas, aquellas cláusulas que –de la lectura de su objeto o efecto– resulten:

(a) Ventajas y sacrificios análogos, como lo constituiría, a título de ejemplo, que ambas partes –y no sólo el proveedor– se reserven el derecho de rescindir unilateral e incausadamente el contrato.

(b) Perjuicios sólo para el predisponente, ya que siendo el empresario –por lo menos en el marco de la contratación predispuesta– autor exclusivo y excluyente del contenido del contrato, no podría invocar como abusiva una cláusula de la que es su autor.

(c) Desequilibrio insignificante

(d) La reproducción literal del contenido de normas imperativas o relativamente imperativas²⁸.

B) Objeto y precio.

Reiteramos lo atinente a objeto y precio, que no se combaten a través del régimen sobre cláusulas abusivas (pues son ajenos a su ámbito), y en caso de abuso cabe acudir a otros mecanismos jurídicos.

Pueden verificarse desequilibrios, pero no es materia atinente a “cláusulas abusivas”, lo relativo a la definición del objeto principal del contrato²⁹, o las prestaciones que sean objeto principal del contrato³⁰, o la adecuación existente entre los dos polos correspondientes (el precio o retribución pagados por los bienes o servicios que se habrán de brindar o que hayan sido brindados).

Los fundamentos, para precisar la materia “cláusulas abusivas”, están dados en que a los fines del juicio de vejatoriedad de una cláusula, cuenta lo que se ha dado en denominar “el desequilibrio normativo y no el económico”.

Frente al abuso en la relación objeto-precio, el ordenamiento jurídico prevé soluciones a nivel de regímenes de precios (normas sobre abastecimiento, etc.), límites a los intereses, lesión y revisión del contrato, ajustes equitativos, etc., defensa de la competencia y abuso de posición dominante, entre otros.

El nuevo Código incluye la regulación de los contratos por adhesión a cláusulas predispuestas y disciplina los contratos de consumo

V. Control judicial sobre las cláusulas abusivas

1. Pertinencia del control

Por esencia, el contrato por adhesión a cláusulas predispuestas pone de manifiesto la existencia de una desigualdad, cuya génesis la hallamos en el predominio contractual (poder de negociación), concentrado en el proveedor.

Si a ello se añade la circunstancia que, a la configuración interna del contrato confluyen y penetran cláusulas abusivas, cabe concluir que el contrato de masa, estándar o uniforme, alcanza a asumir categoría de instrumento de opresión³¹.

La contratación predispuesta presupone desigualdad.

Ambas suprimen la posibilidad que el adherente controle los excesos, las injusticias y los abusos introducidos en un texto cuyo contenido ha sido predeterminado.

Eliminada (por naturaleza) la etapa de los controles particulares recíprocos, se hace ineludible acudir a controles externos al contrato y a las partes, y que son indispensables a los fines de restablecer el equilibrio, y que se logra mediante la supresión (cancelación) de las cláusulas a las que se atribuya ese objeto o efecto (desnaturalizar la relación contractual)³².

Cuando se examina el grado de asimilación o rechazo, por el ordenamiento jurídico, de una cláusula abusiva, en el fondo lo que se está analizando es si nos hallamos frente a un ilícito.

Con la sanción de la ley 24.240, Ley de Defensa del Consumidor, se ha establecido un elenco de cláusulas formalmente ilícitas, la limitativa de responsabilidad y la que consagra la inversión de la carga probatoria (art.37). Pero lo ilícito, *“debe ser algo más* que la violación de lo prohibido legal y expresamente”, dado que *“el Derecho son los principios antes que la ley escrita”*, y ésta no es sino una de las formas técnicas de lo justo.

Y ese “algo más”, se halla constituido por pautas jurígenas, distintas a la ley, como el orden público, el derecho necesario, la moral, la equidad, la buena fe, el ejercicio regular de los derechos, la relación de equivalencia o reciprocidad del vínculo contractual, etcétera, cuya violación, a través de la incorporación de cláusulas abusivas, importa un quebrantamiento intolerable del equilibrio contractual, y adopta la denominación de ilicitud material o antijuridicidad material³³.

2. El control judicial de las cláusulas abusivas en el Código

Establece el Código:

ARTÍCULO 1122 – Control judicial. El control judicial de las cláusulas abusivas se rige, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley especial, por las siguientes reglas:

a) la aprobación administrativa de los contratos o de sus cláusulas no obsta al control;

b) las cláusulas abusivas se tienen por no convenidas;

c) si el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad;

d) cuando se prueba una situación jurídica abusiva derivada de contratos conexos, el juez debe aplicar lo dispuesto en el artículo 1075.

(Inciso a.) El presente inciso remite a los contratos vigilados, que son aquellos cuyo contenido se halla regulado por el Estado. El Código decide bien: la aprobación administrativa del contrato o de sus cláusulas, no obsta a un ulterior control judicial.

Con relación a la posibilidad del control judicial sobre cláusulas que han sido aprobadas previamente, cabe señalar que, especialmente en materia mercantil, hay contratos que requieren una aprobación previa como, por ejemplo, contratos de ahorro previo, medicina prepaga (art. 5 inciso f), Ley 26.682), seguros (arts. 23 y 24, ley 20091), etc.

Con relación a este último contrato, ya hemos afirmado que el control administrativo previo sobre el texto de las propuestas y pólizas, no obsta a la potestad jurisdiccional de control sobre el contenido de los instrumentos contractuales.

En ese sentido se tiene decidido que el Poder Judicial tiene la potestad de revisar las pólizas aprobadas por la autoridad administrativa, pues la Superintendencia de Seguros de la Nación, que posee facultades suficientes para dictar la normativa genérica en relación con los contratos de seguros y para aprobar pólizas (arts. 24, 25 y 67, inc. b), ley 20.091), realiza una revisión que no limita el accionar de la justicia y, por otra parte, no existe norma alguna que prohíba a los magistrados pronunciarse en cuestiones de este tipo.

Además, las experiencias recogidas de la vida diaria nos demuestran que es conveniente llevar a cabo este control en las causas en que la situación se plantea, ya que las normas de carácter genérico, en ciertas ocasiones, deben ser adecuadas conforme al criterio de equidad, para que realmente resulten justas en los casos concretos³⁴.

(Inciso b.) La disposición del Código enuncia el efecto que sigue a la decisión por la que se declara que una cláusula es abusiva. Se la tiene por no convenida, circunstancia que, eventualmente, puede requerir que el juez integre el contrato.

(Inciso c.) En cuanto a la categoría que distingue entre la nulidad total de la parcial, es aquella sustentada según que la misma se extienda al acto como unidad o a una o más cláusulas que integran su contenido. La nulidad es total cuando afecta todo el negocio y parcial cuando se refiere sólo a una cláusula o a varias o a uno de varios negocios conexos entre sí.

3. La nulidad parcial

En efecto, la nulidad puede afectar a la totalidad del contenido del contrato o limitarse a una o a varios de sus preceptos.

En este último caso, se puede sostener la validez del resto del contrato, en la medida que se alcance la función económico-jurídica perseguida por las partes³⁵. En este supuesto, en sustancia, lo que debe decidirse es la reconstrucción del contrato sobre la base de la voluntad que habrían manifestado, esto es si habrían formalizado el contrato mutilado por la nulidad parcial³⁶.

En efecto, para ello deberá indagarse la voluntad real o presunta de las partes y de allí deducir si hubieran querido el contrato sin la parte nula. Si la respuesta es afirmativa, el resto del contrato conserva su validez pese a la nulidad parcial.

Si por el contrario, de la indagación en torno a la voluntad de las partes conduce a una solución contraria, habrá de estar a la nulidad total del contrato.

La distinción aparecía prevista en el art. 1039 del Código civil originario: “la nulidad parcial de una disposición del acto, no perjudica a las otras disposiciones válidas, siempre que sean separables...” . Sobre el particular se tiene expresado que la viabilidad de la nulidad parcial se halla condicionada a que el contenido del acto sea susceptible de división. Y ello sólo es posible si es que no se destruye la esencia del conjunto³⁷.

Aplicación de lo expuesto lo constituye el pronunciamiento donde se decidió que “la nulidad parcial de las cláusulas de un contrato es procedente cuando cada contratante pueda considerar que quedan resguardados sus intereses con la parte válida del negocio, pese a los intereses afectados por la parte nula”³⁸.

La nulidad parcial nos conduce a la integración de las cláusulas del contrato declaradas nulas.

En ese caso:

- en primer lugar (a) habrá de estarse a lo que las partes hayan previsto.
- Si no lo han hecho, (b) cobran operatividad las normas supletorias aplicables y, finalmente,
- si éstas no existen (c) habrá de estarse a los principios fundamentales en materia de integración contractual.

A) El tema en el Código Civil y Comercial

El nuevo Código lo ha regulado del siguiente modo:

ARTÍCULO 989 – “Control judicial de las cláusulas abusivas. Cuando el juez declare la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo integrará, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad. La aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial”.

El Código ha recogido la mejor de las soluciones, la de la conservación del contrato en la medida que aún con la integración simultánea del contrato, no se halle en riesgo su finalidad.

B) Efectos: la nulidad parcial del contrato. Lo dispuesto por la ley 24.240 y el Código civil y comercial

La consecuencia que trae aparejada la declaración de nulidad parcial de un contrato, consiste en la sustitución automática de la regla de autonomía por la norma legal aplicable, ya sea ésta imperativa³⁹, o ya sea dispositiva pero sin eficacia supletoria⁴⁰.

Sancionada la ley 24.240, “Ley de Defensa del Consumidor”, queda resuelta la cuestión relativa al alcance de la nulidad.

Lo decide el artículo 37 al establecer que “Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas...”, y a continuación enuncia:

- dos supuestos de cláusulas de nulidad manifiesta
- y dos hipótesis de cláusulas abiertas, que introducen la posibilidad de que la sentencia de mérito aprecie (de donde la nulidad no aparece manifiesta), si las cláusulas cuestionadas en su eficacia se hallan atrapadas en su formulación, pues, en ese caso, el juez las declarará nulas.

La frase empleada en la ley: “Sin perjuicio de la validez del contrato...” presupone una presunción de conservación del acto lo que nos conduce, inexorablemente, a los efectos de la nulidad parcial y a cuándo la misma es posible.

Por su parte, el nuevo Código contiene una disposición que da por concluidas las dudas y los debates sobrevinientes.

En efecto, el artículo 389 establece: *“Principio. Integración. Nulidad total es la que se extiende a todo el acto. Nulidad parcial es la que afecta a una o varias de sus disposiciones. La nulidad de una disposición no afecta a las otras disposiciones, si son separables. Si no son separables porque el acto no puede subsistir sin cumplir su finalidad, se declara la nulidad total. En la nulidad parcial, en caso de ser necesario, el juez integrará el acto de acuerdo a su naturaleza y los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por las partes”.*

Como se advierte, el texto alude a la separabilidad del acto como condición a la que se subordina su conservación. Y, finalmente, se menciona al cumplimiento de la finalidad del acto como obstáculo para la nulidad total. Para concluir afirmándose la posibilidad de integrar el acto como opción facultativa a la que podrá acudir el juez, a cuyo efecto, deberá tener en cuenta “...los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por las partes”. A esos fines, deberá considerarse que la expresión “intereses” está referido a la causa final del acto y a los móviles incorporados al “campo” contractual.

Notas

* Artigo não revisado pela equipe Bonijuris.

¹ Von Tühr A., “Derecho civil. Teoría general del Derecho civil alemán”, Depalma, Bs. As. 1947, Vol. II-22, pág. 93; Salandra V., “Il contratto di adesione”, *Revista di Diritto Commerciali*, 1928-I, n° 16, pág. 527

² “...En los casos de contratación telefónica o electrónica con condiciones generales será necesario que conste, en los términos en que reglamentariamente se establezcan, la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor y usuario justificación de la contratación efectuada por escrito o, salvo oposición expresa del consumidor o usuario, en cualquier soporte de naturaleza duradera adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada, donde constarán los términos de la misma...”

³ BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 1971, pág. 322; SANTOS BRIZ, J., *La Contratación Privada*, Montecorvo, Madrid, 1966, nro. 19, pág. 227; STIGLITZ, R. S., “Reglas de interpretación de los contratos predispuestos”, *L.L.*, 1987-D-1078; CNCiv., Sala C, 24-XI-1976, “Ramírez de Critrelli c/Lapetina, E.”, *L.L.*, 1977-D-253; CNCiv., Sala B, 29-IV-1980, “Solo Tapia de Rojas c/Vinelli, J.”, *L.L.*, 1981-C-659 (35-940-S); CNCiv., Sala C, 28-II-1985, “Feldman, M. c/Metropolitana S.A.”, *D.J.*, 1985-2-486.

⁴ ROYO MARTÍNEZ, M., “Contrato de adhesión”, A.D.C., Madrid, 1949, pág. 69; LÓPEZ SANTA MARÍA, J., *Sistemas de Interpretación de los Contratos*, Universitaria de Valparaíso, 1971, nro. 50, pág. 147. Las condiciones particulares revelan la verdadera voluntad de los contratantes, quienes necesariamente han entendido que al introducirlas al texto, lo hacían para hacerlas prevalecer sobre las condiciones generales.

⁵ CN Com sala D, 13/2/2002, “Randon Argentina S.A. c/Etchart R.”, LL: 2002-C-815; DJ: 2002-2-574

⁶ CNCom., Sala B, 15-IV-1993, “Odriozola, B. c/Optar S.A.”, *J.A.*, 1994-II-375.

⁷ CNCom., Sala C, 18-10-1982, “Parodi, A. c/Ruta Coop. de Seg.”, *J.A.*, 1984-I-499; Cám. Apel Civ. y Com., Mercedes, Sala I, 19-III-1987, “García, C. c/Chapartegui Hnos.”, *D.J.*, 1987-2-276.

⁸ CNCom., Sala E, 11-IV-1983, “García, A. c/La Buenos Aires Cía. de Seg.”, *E.D.*, 105-270; Cám. Apel Mercedes, Sala I, 19-III-1987, “García, C. c/Chapartegui Hnos.”, *D.J.*, 1987-2-276; CNCom., Sala B, 25-XI-1991, “Albert, A. c/La Austral Cía. de Seg.”, *L.L.*, 1992-E-575; *D.J.*, 1992-2-697.

⁹ DONISI, C., “Il tema d’interpretazione delle condizioni generali di polizza”, *Assic.*, marzo-abril, 1979, año XLVI, fasc. 2, pág. 52.

¹⁰ CNCom., Sala B, 25-XI-1991, “Albert, A.M. c/La Austral Cía. de Seg.”, *L.L.*, 1992-E-575 (38.235); *D.J.*, 1992-2-697.

¹¹ DANZ, E., *La Interpretación de los Negocios Jurídicos*, R.D.P., Madrid, 1955, pág. 55; STIGLITZ, R. S., “Declaración emitida sin seriedad en etapa de ejecución de contrato (Pronunciamiento del asegurador acerca del derecho del asegurado)”, *L.L.*, 1981-A-12.

¹² VON TUHR, A., “Teoría general del derecho Civil alemán”, *Depalma, Bs. As.*, 1948, Vol. II-2 pág. 93; MUÑOZ, L., “Teoría general del contrato”, Cárdenas, México, 1973, nro. 119, pág. 176, especialmente cuando señala que la exteriorización de la voluntad ha de hacerse en forma adecuada, o sea idónea, en relación sobre todo con el contenido del contrato de que se trata, de suerte que el lenguaje deberá expresar con claridad el pensamiento del autor de la declaración conforme al significado objetivo que tenga en la vida de relación.

¹³ CNCiv., Sala G, 24-XI-1983, “Gadea, J. c/Coop. Familiar de Vivienda”, *J.A.*, 1984-IV-330; CNCom., Sala E, 4-III-1986, “Wattman S.A. c/Exim S.R.L.”, *J.A.*, 1987-I-118.

¹⁴ CNCiv., Sala D, 18-VIII-1978, “González de Cueva c/Acepa S.C.A.”, *L.L.*, 1979-A-250; CNCom., Sala C, 29-V-1981, “De Atucha c/Terrabusi de Reyes de Roa E.”, *E.D.*, 94-775; CNCiv., Sala D, 2-IV-1981, “Pizzolo S.A. c/Somogy M.”, *E.D.*, 93-495; CNCom., Sala B, 25-XI-1991, “Albert, A.M. c/La Austral Cía. de Seg.”, *L.L.*, 1992-E-575 (38.235-S).

En la dirección indicada, se tiene expresado que el empleo de contratos tipo, redactados por el empresario e impuestos a la contraparte, exige una cuidadosa redacción, de clara comprensión para el hombre corriente de negocios, que no puede ser sorprendido en la ejecución, por aplicaciones resultantes de complejas interpretaciones que no resultan de una secuencia natural de las cláusulas insertas en el contrato (CNCom., Sala B, 19-III-1965, “Sigal, A. c/Establecimientos Industriales”, *E.D.*, 70-142; CNCiv., Sala C, 8-VI-1976, “Salgayı, A. c/Defilippo S.C.A.”, *L.L.*, 1977-A-169; CNCiv., Sala D, 17-X-1979, “Torre c/Kanmar S.A.”, *E.D.*, 85-703; CNCiv., Sala G, 22-X-1981, “Durán, R. c/Amsa S.A.”, *E.D.*, 96-687; CNCom., Sala E, 11-IV-1983, “García, A. c/La Buenos Aires Cía. Arg. de Seguros”, *E.D.*, 105-271; CNCiv., Sala G, 24-XI-1983, “Gadea, J. c/Cooperativa Familiar de la Vivienda”, *E.D.*, 107-685).

¹⁵ CASSOTANA, M., “Il problema dell’interpretazione delle condizioni generali di contratto”, en *Le Condizioni di Contratto*, T. I, a cura di Massimo Bianca, Giuffré, Milano, 1979, págs. 126 y sigs.

¹⁶ BETTI, E., “Teoría general del negocio jurídico”, R.D.P., nro. 45, pág. 266, para quien la directiva impone un criterio de autorresponsabilidad fundado en el deber de hablar en forma abierta e inequívoca que recae en quien asume la iniciativa de una declaración contractual. Cfr., CNCom., Sala B, 22-VII-1970, “Fyma c/Columbia S.A.”, *E.D.*, 39-7776, donde con relación al contrato de seguro se señala que, si alguna duda plantea la póliza, corresponde estar por la obligación del asegurador, ya que éste redactó el contrato y estuvo, además, en condiciones de señalar con precisión el límite de sus obligaciones.

¹⁷ CNCom., Sala D, 19-X-1987, “Banco Liniers S.A. c/Chirón, J.”, *J.A.*, 1989-I-665; CNCiv., Sala G, 22-X-1981, “Durán R. c/A.M.S.A.”, *J.A.*, 1983-I-242; CNCiv. y Com. Fed., Sala 3ª, 15-V-1987, “Sucesión de Natale c/Caja Nac. de Ahorro y Seguro”, *J.A.*, 1988-II-123; CNCom., Sala C, 28-V-1985, “Diner’s Club Argentina c/Guido Finkelberg”, *J.A.*, 1985-III-533; Cám. 2ª Civ. y Com., Córdoba, 2-VI-1987, “Zabala, J.”, *J.A.*, 1987-IV-688; Cám. Civ. y Com. Junín, 26-X-1988, “Zabaleta, D. c/Pantepirino de Ragozzini, N.”, *J.A.*, 1989-I-51.

¹⁸ CN Com. Sala B, 176/2001, “Ingral S.A. c/Sintelar S.A.”, *JA*: 2002-II– síntesis

¹⁹ Romagnoli G., “Clausole vessatorie e contratto d’impresa”, Cedam, Roma, 1977

²⁰ CCiv y Com Santa Fe, sala I, 26/5/2009, “Vaca H.H. c/Asociación Mutual Personal Jerárquico Banco Nación”, *LLLitoral*, 2009-924.

Sobre el particular, se tiene decidido que: En el marco de la ley 24.754 y de la resolución 301/99 del Ministerio de Salud y Acción Social no se encuentran motivos para exceptuar a una entidad de medicina prepaga de la obligación de efectuar las prestaciones contempladas en el Programa Nacional de Diabetes (PRONADIA) Mayoría: Petracchi, Highton de Nolasco, Zaffaroni, Lorenzetti, Argibay. Voto:Disidencia: Fayt, Maqueda. S. 1078. XL.; “Sartori, Karina Mabel c/ Cemic Empresa de Medicina Prepaga s/ amparo” 27/12/2005, T. 328, P. 4747; N. 289. XLIII; REX, “Núñez de Zanetti, Mónica Viviana c/Famyl S.A. Salud para la Familia s/reclamo contra actos de particular” donde se establecio que por imperio del art. 1 de la ley 24.754, las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deben cubrir, como mínimo, las mismas prestaciones que resulten obligatorias para las obras sociales. Esto último comprende las prestaciones que, con dicho carácter obligatorio, establezca y actualice periódicamente la autoridad de

aplicación en ejercicio de la facultad que le confiere el art. 28 de la ley 23.661. Y también, en lo que atañe a las personas con discapacidad, todas las que requiera su rehabilitación (art. 28 cit.), así como, en la medida que conciernen al campo médico asistencial, las demás previstas en la ley 24.901, E.D. 10-1-08. J.A. 25-6-08 ; C. 595. XLI; RHE, “Cambio Péres de Nealón, Celia María Ana y otros c/Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas”, 28/08/2007, T. 330, P. 372, donde se sostuvo que la adhesión a cláusulas predisuestas de una empresa y la existencia de un servicio prestado para un consumidor final indica que debe darse tanto a la ley 24.754 como al contrato que vincula a las partes, entre todos los sentidos posibles, el que favorezca al consumidor de conformidad con el art. 42 de la Constitución Nacional y los arts. 3 y 37 de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, E.D. 10-1-08.; J.A. 25-6-08

²¹ ROPPO, V., “La nuova disciplina delle clausole abusiva nei contratti fra imprese e consumatori”, en *Diritto ed Economia dell'Assicurazione*, Giuffrè, Milano, 1994, n° 12, pág. 47.

²² Raymond Guy, “Droit de la consommation”, Litec, París, 1996, n° 417, pág. 207

²³ Betti E., “Teoría general del negocio jurídico”, R.D.P., Madrid, 1959, t. I, nro. 39, pág. 56; Stiglitz R.S., “Autonomía de la voluntad y revisión del contrato”, Depalma, Bs. As., 1992, pág. 56, donde sostenemos que los beneficios que obtienen las partes se hallan en relación de causalidad o de equivalencia con los perjuicios que sufren, así como que esa equivalencia es subjetiva, en razón de que esta noción expulsa toda referencia a la igualdad objetiva de los valores.

Cf. Cariota Ferrara L., “El negocio jurídico”, Aguilar, Madrid, 1956, t. I, nro. 61, pág. 189; Pino A., “La excesiva onerosidad de la prestación”, Bosch, Barcelona, 1959, pág. 56.

²⁴ Lo expresado en el texto parece evocar el presupuesto objetivo de la lesión (“ventaja patrimonial evidentemente *desproporcionada*”, art. 954, del Cód. Civ. anterior), o el de la teoría de la imprevisión (“cuando la prestación a cargo de una de las partes se tornara *excesivamente onerosa*”, art. 1198, del Cód. Civ. anterior).

²⁵ Es que se hace ineludible reformular la función de las normas dispositivas y reparar en ellas *como fórmulas no siempre factibles de ser sorteadas por reglas de autonomía*, como aquellas que, por su función en la economía del contrato, por la lógica interior que las anima y por la finalidad del negocio, *carecen de eficacia supletoria*, y se suman, por su trascendencia en punto al equilibrio procurado por las partes, al derecho necesario.

²⁶ MIKLITZ, H., “La loi allemande relative au régime juridique des conditions générales des contrats du 9 decembre 1976. Une résumé après 11 ans”, *Actas del Primer Congreso Europeo sobre Cláusulas Generales Abusivas*, Coimbra, Portugal, 19/21-V-1988, ponencia.

²⁷ De suerte tal que la cláusula abierta se apodera, tal como es formulada, no sólo de las condiciones abusivas con las que de ordinario se opera en el mercado contractual, sino también de aquellas que no resultan familiares al tráfico actual –se las conoce sólo por hallarse incorporadas a otras legislaciones–, pero que importan una desnaturalización de la esencia misma del vínculo contractual y que pueden llegar a ser introducidas en el futuro, vía predisposición.

²⁸ El art. 1 inc. 2 de la Directiva 93/13 de la C.E.E. dispone que: “Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas...no estarán sometidas a las disposiciones de la presente Directiva”.

²⁹ Sí lo sería, en cambio, lo relativo a la **determinación del objeto**. Vale como ejemplo, en el contrato de seguro, la determinación del riesgo, que precisamente constituye el objeto del contrato (individualización y delimitación), y que se realiza en base no sólo en consideración a una afirmación genérica (individualización) sino a exclusiones de cobertura (delimitación del riesgo), tema donde se concentran y acumulan las cláusulas abusivas.

³⁰ En el mismo sentido que el expuesto en el texto, lo decide el artículo 1262 inciso 2 de la “Propuesta para la modernización del derecho de las Obligaciones y contratos”, España, 2009

³¹ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos del derecho Civil*, Barcelona, 1978, t. II, p. 43.

³² Señala Ghestin que la eliminación de las cláusulas abusivas no tiende a investir al juez de la misión de restablecer y hacer reinar una equivalencia rigurosa en las relaciones contractuales, sino a corregir los abusos engendrados por el desequilibrio de fuerzas en la negociación del contrato (GHESTIN, J., “Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe”, ps. 54 y ss.). Pareciera como que la fórmula propuesta por el admirable profesor de la Universidad de París, consistiera en que, dando por supuesto el desequilibrio, la justicia se alcanzaría con un pronunciamiento que disminuya el abuso sin necesidad de suprimirlo. Más allá de que, por las razones expuestas hasta aquí, no compartimos la solución, no imaginamos de qué manera es posible, en la práctica, “corregir los abusos” y no eliminarlos, cuando el efecto de la nulidad de la/s cláusula/s abusiva/s, consiste en tenerlas por no convenidas o no escritas y sustituidas por la norma legal aplicable.

³³ CN Com sala A, 14/12/2007, “Tommasi Automotores c/CIADEA SA”, LL: 2008-B-695, donde luego de reproducir las categorías expuestas en el texto, se afirmó que “cuando el móvil perseguido por la concedente al ejercer sus atribuciones contractuales no guarda armonía con la buena fe, surge la norma del art. 1071 del Código civil para poner en su quicio las prerrogativas individuales, y restablecer en el conflicto concreto el equilibrio de las fuerzas a favor de la concesionaria, parte eminentemente débil de la relación”.

³⁴ CNCom., Sala B, 25/10/1995, “Bascher, J. c. Omega Coop. de Seg.”, inédito.

³⁵ Díez-Picazo L., “Fundamentos del Derecho civil Patrimonial”, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pág. 586

³⁶ Stolfi G., “Teoría general del negocio jurídico”, R.D.P., Madrid, 1959, n° 22, pág. 82

³⁷ Llambías, J. J., *Tratado de derecho Civil. Obligaciones*, Perrot, Bs. As., 1987, *Parte General*, cit., t. II, n° 1894, pág. 579; CN Civ sala A, 21/10/2002, “F.G. c/K.E.”, DJ: 2003-I-311, donde se resolvió la nulidad parcial de un acuerdo sobre honorarios, con fundamento en que el contenido del mismo era susceptible de división, sin que se destruyera la esencia del conjunto.

³⁸ ST Misiones, 24/3/99, “I.F.A.I. c/Yerba Alem S.A.”, LL Litoral, 2000-979

³⁹ MESSINEO, F., *Manual de Derecho civil y comercial*, Ejea, Bs. As. 1971, T. II, pág. 491; CARIOTA FERRARA, L., *El Negocio jurídico*, Aguilar, Madrid, 1954, T. II, n° 88, pág. 303.

⁴⁰ STIGLITZ, R. S., “Contenido del contrato”, en Contratos. Teoría General (STIGLITZ, R. S., director), cit., T. I, n° 16, pág. 365.